

Maria Myszka

Prawne aspekty zatrudnienia cudzoziemców spoza UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Federalnej Niemiec

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 2, 129-146

2011

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Maria Myszka

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Katedra Praw Człowieka

Prawne aspekty zatrudniania cudzoziemców spoza UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Federalnej Niemiec

Słowa kluczowe: cudzoziemiec, imigracja, zezwolenie na pracę, dostęp do rynku pracy, pracodawca, wolność wyboru zawodu.

Niniejszy artykuł traktuje o problemie dopuszczania cudzoziemców do świadczenia pracy na podstawie umowy z podmiotami, których siedziba, miejsce zamieszkania, oddział, zakład lub inna forma zorganizowanej działalności znajduje się na terytorium Republiki Federalnej Niemiec (dalej: RFN) oraz Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: RP). Problem ten jest rozważany w intencji ustalenia możliwości prawnych zatrudnienia obywateli państw byłego bloku komunistycznego, które nie są członkami Unii Europejskiej oraz zasad ochrony ich praw w systemach prawnych RP i RFN.

Artykuł przedstawia na wstępie korzyści i obawy wynikające z zatrudniania cudzoziemców. Kolejno, opisana została pokrótce sytuacja imigracyjna w Niemczech i Polsce. Analiza przepisów prawnych obydwu systemów rozpoczyna się od nawiązania do regulacji ustaw zasadniczych w zakresie prawa do swobodnego wyboru rodzaju i miejsca zatrudnienia. Dalsza część opracowania ma na celu zestawienie postanowień prawnych, stanowiących o ograniczeniach i warunkach dopuszczenia cudzoziemców do świadczenia pracy na terytorium Polski i Niemiec oraz przepisów traktujących o treści zezwoleń na pracę. W końcu, rozważaniu poddane są przepisy dotyczące prawa cudzoziemców do równych warunków pracy i równego wynagrodzenia z porównywalnymi pracownikami polskimi i niemieckimi oraz konsekwencje zatrudniania obcokrajowców wbrew tym regułom.

Podstawowym zadaniem opracowania jest ocena istniejących przepisów prawnych i statusu prawnego cudzoziemców zatrudnianych na terytoriach RP i RFN. Założeniem przewodnim jest konieczność odnalezienia odpowiedniej granicy pomiędzy ochroną ważnych interesów ekonomicznych i społecznych państwa i jego obywateli a postulatami liberalizowania regulacji prawnych

dotyczących zatrudniania pracowników zagranicznych oraz upraszczania obowiązujących formalności dotyczących zezwalania cudzoziemcom na pracę, a także konieczności zapewnienia im odpowiedniej ochrony. Powyższe postulaty zawarte zostały w Europejskiej Karcie Społecznej stąd są wiążące zarówno wobec Polski jak i RFN.¹

1. Uwagi wstępne

Zatrudnianie osób do pracy na terytorium państw, których nie są obywatelami, jest kwestią generującą liczne dyskusje – zarówno o wymiarze społecznym, politycznym, jak i prawnym. Ustawodawcy państw stoją przed trudnym wyzwaniem pogodzenia takich wolności człowieka, jak: prawo do pracy – do wyboru miejsca i rodzaju zatrudnienia z koniecznością ochrony praw i interesów własnych obywateli, ich bezpieczeństwa, ale i ochrony i rozwoju wewnętrznego rynku pracy.

Całkowite odrzucenie możliwości pracy cudzoziemców na terytorium danego państwa nie jest ani możliwe² ani pożądane. Jak pokazuje rzeczywistość, przyjmowanie imigrantów ma także pozytywny wpływ na sytuację państwa.

Dostrzega się m.in. pozytywne skutki napływu wysoko wykwalifikowanej siły roboczej oraz osób, będących potencjalnymi pracodawcami dla obywateli danego państwa i działających na korzyść PKB. Szczególnie w dobie wysokiej migracji zarobkowej, obserwowanej m.in. w Polsce, powodowanej otwarciem konkurencyjnych wobec polskiego, bo oferujących pracownikom nierzadko lepsze warunki pracy, rynków pracy innych państw UE, imigranci spoza UE zapewnić mogą luki spowodowane stratą, częstokroć wykwalifikowanej, siły roboczej.³ Po drugie, napływ imigrantów stanowić może swego rodzaju remedium na problemy demograficzne i związane z nimi starzenie się społeczeństw, obserwowane m.in. w Republice Federalnej Niemiec. Z drugiej strony, otwarcie rynku dla obcokrajowców rodzi obawy obywateli o ich miejsca pracy bądź też obawy o obniżanie płac z powodu pozyskiwania tańszej, zagranicznej siły roboczej.⁴

Przedmiotem niniejszego opracowania nie ma być jednak konfrontacja argumentów za i przeciw zatrudnianiu cudzoziemców na rodzimym rynku

¹ Art. 18 Europejskiej Karty Społecznej (dalej: EKS), Turyn, dnia 18 października 1961 r., Dziennik Ustaw z 1999 r. Nr 8 poz. 67.

² Choćby z uwagi na zobowiązania związane z udzielaniem ochrony cudzoziemcom na terytorium RP – patrz art. 56 Konstytucji RP, Dz.U. Nr 78, poz. 483. Szczegółowy tryb przyznawania ochrony, w tym statusu uchodźcy określa: Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tekst jednolity z dnia 22 października 2009: Dz.U. Nr 189, poz. 1472.

³ M. Szaniawska-Schwabe, *Polityka imigracyjna Republiki Federalnej Niemiec*, „Przeгляд Zachodni” 2009, nr 4, tekst dostępny na stronie: http://150.254.215.205/pz/folder2/dokumenty/2009_4/artukul.4_2009.pdf, s. 1>, dostęp: ??????

⁴ *Ausländer in Deutschland Fakten gegen Vorurteile*, tekst dostępny na stronie: <<http://www.loester.net/fakten-print.htm>>, dostęp: ??????

pracy. Mając jednak wspomnianą dyskusję na uwadze, z pewnością stwierdzić można, iż regulacje prawne, które przeciwdziałać będą rozwojowi nielegalnego rynku pracy cudzoziemców, także z uwagi na jasne i respektujące prawa cudzoziemców rozwiązania, niwelować będą obawy co do negatywnych skutków zatrudniania cudzoziemców oraz rozwiązywać dyskusje na jego korzyść.

Jednoczenie się Europy po upadku komunizmu i rozwój wspólnotowego prawa dotyczącego kwestii migracji, oddziałuje na krajowe przepisy dotyczące możliwości zatrudniania cudzoziemców. W stosunku do obywateli państw członkowskich UE (a także szerzej: EOG), zgodnie z zasadą swobodnego przepływu osób, dostęp do rynku pracy na terytorium wspólnotowym staje się znacznie ułatwiony, zrównując niemal pozycję cudzoziemca i obywatela.⁵

Oznacza to, iż w zakresie dostępu do świadczenia pracy, w systemach prawnych Polski i RFN, wyróżnić można podział cudzoziemców na dwie kategorie: cudzoziemców traktowanych na równi z obywatelami oraz cudzoziemców, których dostęp do rynku pracy jest – w różnym stopniu – prawnie ograniczony.⁶ Wyzwaniem dla ustawodawcy pozostaje takie skonstruowanie przepisów, które pozwoli na pozyskanie odpowiedniej zagranicznej kadry, zapełniającej luki na krajowym rynku pracy i generującej wzrost gospodarczy, ale i zapewni odpowiednią ochronę – i to zarówno w stosunku do obywateli, jak i przyjętych do pracy cudzoziemców.

Regulacje dotyczące uzyskiwania i warunków zezwoleń na pracę oraz możliwości ich cofnięcia i wezwania cudzoziemca do opuszczenia kraju, stanowią w sposób oczywisty ingerencję w stosunki między pracownikiem a pracodawcą. Ukazują przy tym różnice w statusie pracownika–cudzoziemca oraz pracownika–obywatela. W tym świetle zasadnicze staje się pytanie, gdzie są granice tej ingerencji i do jakiego stopnia cudzoziemca w sferze stosunków zatrudnienia należy postrzegać i kontrolować jako „nieobywatela” danego państwa, mającego ograniczoną możliwość i prawo dostępu do rynku pracy obcego państwa, a kiedy należy go postrzegać i chronić po prostu jako pracownika.

2. Zjawisko imigracji zarobkowej w RFN oraz Polsce

RFN jest od lat jednym z największych krajów imigracyjnych Europy. Niemniej jednak aspekt uznania Niemiec za kraj imigracyjny przez dziesięciolecia, wbrew napływającym falom cudzoziemców, pozostawał nierozwiąza-

⁵ W RFN kwestie dostępu obywateli państw UE do rynku pracy regulowane są przede wszystkim w: Gesetz ueber die Allgemeine Freizugigkeit von Unionsbuerger oraz Drittes Buch Sozialgesetzbuch, teksty obu aktów dostępne na stronie: <<http://bundesrecht.juris.de>>, dostęp: ????????; W Polsce kwestie dostępu obywateli UE do rynku pracy reguluje: Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. 2004, Nr 99, poz. 1001 ze zm.). Obowiązują także przepisy przejściowe. Tematyka ta wykracza jednak poza przedmiot zainteresowania niniejszego tekstu.

⁶ Podobna uwaga w odniesieniu do polskiej regulacji: A. Kisielewicz, *Praca cudzoziemców w Polsce*, „Monitor Prawa Pracy” 3/2005, s. 68.

ny. Reforma niemieckiej polityki imigracyjnej zapoczątkowana została dopiero w 1998 r. z inicjatywy koalicji złożonej z Socjaldemokratycznej Partii Niemiec i Sojuszu 90/Zielonych, a jej owocem jest obecne prawo dotyczące cudzoziemców. Doprowadziła ona do zmiany podstawowych zasad polityki imigracyjnej i formalnego uznania tego, co od lat pozostawało rzeczywistością – statusu Niemiec jako kraju imigracyjnego.⁷

Zgodnie ze statystykami Federalnego Urzędu Statystycznego (*Statistisches Bundesamt*), od 1994 r. liczba cudzoziemców zamieszkujących RFN utrzymuje się w granicach 7 milionów.⁸ Pierwsze znaczące fale imigracji zarobkowej, powodowane zapotrzebowaniem na siłę roboczą i koniecznością wypełnienia luk na rynku pracy rozwijających się gospodarczo Niemiec, obserwowano od początku lat 60. Luki na rynku zaczęli wypełniać pracownicy kontraktowi zwani *Gastarbeitern*, sprowadzani do Niemiec na podstawie umów bilateralnych. Na kolejną tendencję wzrostową oddziaływały przemiany ustrojowe i zjednoczenie Niemiec w latach 1989–1990.⁹ Miejsca pracyapełniali także uchodźcy i azylanci.

Najliczniejszą grupę cudzoziemców w RFN stanowią obecnie Turcy (ok. 25% cudzoziemców), kolejno znajdują się Włosi (7,7%) i Polacy (6%). Cudzoziemcy spoza państw UE stanowią ok. 65% wszystkich cudzoziemców, przy czym ok. 3% cudzoziemców zamieszkujących w RFN stanowią obywatele Federacji Rosyjskiej, ok. 2,3% – Bośni i Hercegowiny, ok. 3,3% obywatele Chorwacji.¹⁰ Około 3 milionów cudzoziemców zatrudnianych jest legalnie na niemieckim rynku pracy.¹¹

Imigracja w Polsce zaczęła rozwijać się dopiero po transformacjach ustrojowych w 1989 r. Napływ cudzoziemców pozostaje stosunkowo niski, co wiąże się z faktem, iż Polska pozostaje mniej atrakcyjnym krajem docelowym dla cudzoziemców w porównaniu z takimi krajami o charakterze imigracyjnym, jak m.in. właśnie RFN. Pod koniec 2009 r. w Polsce przebywało legalnie około 90 tys. cudzoziemców.¹² Cudzoziemcy przybywający do Polski pochodzą głównie z byłych obszarów ZSRR, przede wszystkim z Ukrainy (ok. 26 tys.), Rosji (ok. 13 tys.) i Białorusi (niespełna 9 tys.).¹³ Wśród najlicz-

⁷ Więcej na ten temat: M. Mazur-Rafał, *Zmiana paradygmatu w niemieckiej polityce imigracyjnej w latach 1998–2004? Wnioski dla Polski*, Central European Forum For Migration Research, Working Paper 2/2006, s. 4 i n.

⁸ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, *Ausländerzahlen 2009*, Nürnberg, 31.12.2009, s. 5.

⁹ M. Szaniawska-Szwabe, op. cit., s. 4.

¹⁰ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, op. cit., s. 11–13.

¹¹ Statistisches Bundesamt, *Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2008 – Fachserie I Reihe 2 pkt 2*, Wiessbaden 2010, s. 48.

¹² Ośrodek Badań nad Migracjami, *Biuletyn Migracyjny, Migracje międzynarodowe: Polska-Unia Europejska-Europa Wschodnia*, numer 25, Luty 2010, tekst dostępny na stronie: <<http://www.biuletynmigracyjny.uw.edu.pl>, s. 4>, dostęp: ??????

¹³ *Ibidem*, s. 5 oraz P. Kaczmarczyk, R. Stefańska, J. Tyrowicz, *Cudzoziemcy w Polsce*, *Biuletyn nr 6*, kwiecień 2008, s. 6, tekst dostępny na stronie: <http://www.bezrobocie.org.pl/files/1bezrobocie.org.pl/public/biuletyny_fise/Biuletyn_FISE_kwiecień_2008_cudzoziemcy.pdf>, dostęp: ??????

niejszych grup cudzoziemców w Polsce znajdują się także Wietnamczycy (ponad 8 tys.).

Zatrudnienie cudzoziemców w Polsce pozostaje również na poziomie marginalnym. Dopiero nowelizacja przepisów dotyczących udzielania zezwoleń na zatrudnienie w 2009 r. przełożyła się na ich wydatną liczbę. W 2009 r. wydano 29 430 zezwoleń na pracę (wraz z przedłużeniami zezwoleń), co oznaczało wzrost liczby wydanych zezwoleń o ponad 60% w stosunku do 2008 r., kiedy to wydano niewiele ponad 18 tys. zezwoleń, oraz o ponad 140 proc. w porównaniu z 2007 r., kiedy to wydano ponad 12 tys. zezwoleń. Najwięcej zezwoleń wydano dla obywateli Ukrainy (9504). Istotna liczba tych zezwoleń została przydzielona także obywatelom Chin (4536), Wietnamu (2577), Białorusi (1669), Turcji (1422) i Indii (1164).¹⁴

3. Prawo do swobodnego wyboru pracy w ustawach zasadniczych

Prawo każdego człowieka do uzyskania możliwości utrzymania się poprzez swobodnie wybraną lub przyjętą pracę należy do podstawowego kanonu w rodzinie praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych.¹⁵ Podlegać może ono określonym wyjątkom i ograniczeniom, w tym m.in. związanym z obowiązkiem państwa, wiążącym się z zapewnieniem dostępu do rynku pracy dla własnych obywateli i przeciwdziałania bezrobociu oraz z zapewnieniem bezpieczeństwa państwa.

Prawo do swobodnego wyboru rodzaju i miejsca zatrudnienia regulowane jest na poziomie ustaw zasadniczych zarówno Polski, jak i RFN, jednakże regulacje te są dalece odmienne.

Konstytucja Rzeczypospolitej w art. 37 stanowi, iż kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polski, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji.¹⁶ Odnoszące się do cudzoziemców wyjątki regulowane są w ustawach. Postanowieniu temu odpowiada art. 65, odnoszący się do przedmiotowego zagadnienia. Zgodnie z nim, każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Wyjątki od tej wolności określa ustawa.¹⁷

Regulacja prawa do zatrudnienia na poziomie ustawy zasadniczej RFN nie charakteryzuje się podobną uniwersalizacją. Nie statuuje ona powszech-

¹⁴ Ośrodek badań nad migracjami..., s. 5.

¹⁵ Tak też: art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych Społecznych i Kulturalnych, Nowy Jork, 19.12.1966 r., Dz.U. 77.38.169; podobnie: Europejska Karta Społeczna, cz. I ust. 1, Turyn 18.10.1961 r., Dz.U. 99.08.67, Zrewidowana Europejska Karta Społeczna, cz. I ust. 1, Strasbourg 3.05.1996 r., tekst dostępny na stronie: <<http://www.mpips.gov.pl/index.php?gid=485>>, dostęp: ?????

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 97.78.483.

¹⁷ Ibidem.

nego prawa wyboru zawodu i miejsca jego wykonywania, a ogranicza je jedynie do obywateli Niemiec. Art. 12 Konstytucji stanowi bowiem, iż wszyscy Niemcy mają prawo do swobodnego wyboru zawodu, miejsca pracy i miejsca kształcenia.¹⁸ Ustawa zasadnicza niemiecka nie uwzględnia tym samym obecnych tendencji do uniwersalizacji praw i wolności także o charakterze ekonomicznym.

4. Regulacje ustawowe – ograniczenia w dostępie do rynku pracy dla cudzoziemców spoza UE

Republika Federalna Niemiec

W odniesieniu do obydwu państw szczegółowe regulacje dotyczące możliwości i ograniczeń w dopuszczaniu cudzoziemców do pracy na ich terytorium znalazły się na poziomie przepisów ustawowych oraz wykonawczych, a także w odpowiednich umowach między państwowych.

Sytuację cudzoziemców niebędących obywatelami UE, a chcących uzyskać zatrudnienie na terenie RFN reguluje obecnie w zasadniczej mierze Ustawa o pobycie, działalności gospodarczej i integracji cudzoziemców na terenie RFN (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz*; powoływana dalej *Aufenthaltsg*).¹⁹ Jest ona częścią Ustawy z dnia 30 lipca 2004 r. w sprawie sterowania i ograniczania napływu i w sprawie regulacji pobytu i integracji obywateli Unii Europejskiej i cudzoziemców (*Gezetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern*²⁰). Ustawa weszła w życie w dniu 1 stycznia 2005 r.

Przepisy wykonawcze do ustawy, przyjęte na podstawie delegacji § 42, zawarte są w dwóch rozporządzeniach Federalnego Ministra Gospodarki i Pracy (*Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*): Rozporządzeniu w sprawie zezwolenia na wykonywanie pracy nowo przybyłym cudzoziemcom (*Verordnung über die Zulassung von neuereisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung*; dalej: *BeschV*)²¹ oraz Rozporządzeniu w sprawie postępowania i zezwolenia na wykonywanie pracy cudzoziemcom żyjącym na terenie kraju (*Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Inland lebenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung*).²²

¹⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, [w:] *Nomos Gesetze Öffentliches Recht*, 18. Auflage, Baden-Baden 2009, s. 7–53.

¹⁹ Tekst dostępny na stronie: <http://bundesrecht.juris.de/aufenthg_2004/>, dostęp: ??????

²⁰ Tekst dostępny na stronie: <<http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/150220/publicationFile/13549/Zuwanderungsgesetz.pdf>>, dostęp: ??????

²¹ Tekst dostępny na stronie: <<http://bundesrecht.juris.de/beschv/>>, dostęp: ??????

²² Tekst dostępny na stronie: <<http://bundesrecht.juris.de/beschverfv/>>, dostęp: ??????

Zatrudnienie cudzoziemca na terytorium RFN uzależnione jest od posiadania przez niego odpowiedniego tytułu pobytowego (*Aufenthaltstitel*: wiza, zezwolenie na pobyt, zezwolenie na osiedlenie się, zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego), uprawniającego go do podjęcia pracy.²³

Oznacza to, iż w stosunku do cudzoziemca spoza UE, pragnącego podjąć pracę na terenie RFN, razem z decyzją dotyczącą udzielenia tytułu zezwalającego na pobyt podejmuje się też decyzję o dopuszczeniu do niemieckiego rynku pracy. W tym celu odpowiedni urząd ds. cudzoziemców (*Ausländerbehörde*) lub odpowiednie przedstawicielstwo niemieckie poza granicami kraju (*deutsche Auslandsvertretung*), do którego zgłasza się zainteresowany cudzoziemiec, sprawdza przesłanki udzielenia tytułu pobytowego oraz zwraca się do Federalnej Agencji Pracy (*Bundesagentur für Arbeit*) o udzielenie zgody na zezwolenie na dostęp do niemieckiego rynku pracy. Jedynie w wypadku, gdy ustawa, rozporządzenie lub umowa międzypaństwowa tak stanowi, zgoda Federalnej Agencji Pracy nie jest wymagana²⁴.

Tym samym zezwolenie na podjęcie pracy jest przyznawane przez Urząd do spraw cudzoziemców jako dodatkowe upoważnienie w tytule pobytowym, po otrzymaniu odpowiedniej zgody Agencji Pracy. Dla rozpoczęcia tego procesu konieczne jest istnienie konkretnej oferty pracy, o którą ubiega się cudzoziemiec²⁵, a którą będzie mógł za zgodą Agencji Pracy podjąć jedynie wówczas, jeżeli odpowiednie przesłanki negatywne wskazane w ustawie nie zostaną spełnione, wystąpią zaś przesłanki pozytywne wydania zezwolenia. Dla ich ustalenia, obok podania cudzoziemca, konieczne jest przedstawienie przez pracodawcę szczegółowych informacji dotyczących oferty pracy (*Stellenbeschreibung*).²⁶

Kryteria dopuszczenia cudzoziemca do rynku pracy RFN

Zgodnie z § 18 AuenhaltsG – dopuszczenie cudzoziemców do rynku pracy w RFN zorientowane jest na pozycję ekonomiczną Niemiec. Konieczne jest wzięcie pod uwagę sytuacji na rynku pracy oraz wymogu skutecznego zwalczania bezrobocia. Założeniem jest więc dokonanie oceny potrzeb ekonomicznych i uwarunkowań na rynku pracy.

²³ § 18 AufenthaltsgG

²⁴ § 4 AufenthaltsgG. W tym zakresie BeschV w § 1 – § 16 szczegółowo określa przypadki, w których zgoda nie jest wymagana. np. w stosunku do: § 7 dziennikarzy, zatrudnionych u pracodawcy spoza RFN, których działalność zgłoszono Rządowemu Centrum Prasy i Informacji; § 10 – studentów i uczniów do pracy podczas wakacji, przy pośrednictwie Federalnej Agencji Pracy – do 3 miesięcy w roku; § 12 osób pracujących przy organizacji międzynarodowych imprez sportowych, akredytowanych przez komitet organizacyjny itd.

²⁵ § 18 ust. 5 AuenhaltsG.

²⁶ Więcej na ten temat: Bundesagentur für Arbeit, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland, 2009; <<http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/MB7-Beschaeftigung-ausl-AN.pdf>>, dostęp: ??????

W tym celu Federalna Agencja Pracy, zgodnie z literą § 39 omawianej ustawy, ma obowiązek przeprowadzenia odpowiedniego badania, uwzględniającego dwa podstawowe kryteria dopuszczalności cudzoziemca do rynku pracy. Po pierwsze, zatrudnienie cudzoziemca nie może mieć niekorzystnego wpływu na rynek pracy, przede wszystkim na strukturę zatrudnienia na rynku pracy, w regionie i w danym sektorze gospodarki.²⁷ Po drugie, zatrudnienie cudzoziemca nie będzie możliwe wówczas, gdy o dane stanowisko ubiega się obywatel Niemiec bądź cudzoziemiec, mający równe z nim uprawnienia w dostępie do pracy bądź inny cudzoziemiec, który zgodnie z prawem UE ma prawo pierwszeństwa w dostępie do rynku pracy.²⁸ Ustawa stanowi przy tym, iż dostępność pracowników z grupy uprzywilejowanej ma miejsce także wtedy, gdy mogą być oni zatrudnieni tylko przy wsparciu finansowym ze strony Agencji Pracy.²⁹ Federalna Agencja Pracy może udzielić zezwolenia także wówczas, gdy badanie rynku pracy dla poszczególnych grup zawodowych i sektorów wykaże, że obsadzenie wolnych miejsc pracy zagranicznymi kandydatami jest uzasadnione dla rynku pracy i polityki integracji.³⁰

Oznacza to, iż sama wola pracodawcy zatrudnienia na dane stanowisko konkretnego cudzoziemca nie będzie jednoznaczna z udzieleniem mu zezwolenia. Szczegółową ofertę pracy przedstawioną przez pracodawcę rozpowszechnia właściwa Agencja Pracy (co do zasady odpowiednia z uwagi na siedzibę pracodawcy) oraz sprawdza, czy odpowiednio wykwalifikowani kandydaci nie są dostępni na rynku pracy. Czas trwania tego typu badania rynku pracy uzależniony jest od wymogów związanych z profilem danego stanowiska oraz związanego z tym rozmiaru podjętych czynności pośrednictwa zatrudnienia.³¹

Rzeczpospolita Polska

W Polsce kwestia dostępu cudzoziemców do rynku pracy regulowana jest przede wszystkim w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (dalej: PromZatrudU)³² oraz rozporządzeniach do ustawy. Pewne aspekty związane z tą kwestią reguluje także Ustawa o cudzoziemcach.³³

Podstawowym warunkiem, pozwalającym cudzoziemcowi na świadczenie pracy na polskim rynku pracy, jest uzyskanie zezwolenia na pracę. Według przepisów obowiązujących do stycznia 2009 r., postępowanie w sprawie wydania zezwolenia było dwuetapowe. Warunkiem wydania samego zezwolenia było wcześniejsze uzyskanie przez pracodawcę przyrzeczenia i uzyskanie

²⁷ § 39 ust.2 pkt 1 lit. a AufenthaltsG.

²⁸ § 39 ust.2 pkt 1 lit. b AufenthaltsG.

²⁹ § 39 ust.2 pkt 2 zd. 2 AufenthG.

³⁰ § 39 ust.2 pkt 2 zd. 1.

³¹ Bundesagentur für Arbeit..., s. 18–19.

³² Ustawa z dnia 20.04.2004 r., Dz.U. 2004, Nr 99, poz. 1001 ze zm.

³³ Ustawa z dnia 13.06.2003 r., Dz. U. Dz.U. 2003, Nr 128, poz. 1175 ze zm.

przez cudzoziemca odpowiedniego dokumentu, legalizującego pobyt cudzoziemca w Polsce.³⁴

Obecnie przepisy nie przewidują konieczności wydawania przyrzeczenia, ale ograniczają postępowanie o dopuszczenie do świadczenia pracy na polskim rynku pracy do wydania zezwolenia na pracę przez właściwego wojewodę oraz odpowiedniego tytułu pobytowego – najczęściej wizy w celu wykonywania pracy. Zmianę postępowania należy uznać za pozytywną, upraszcza ona procedurę i ogranicza liczbę dokumentów, jakie muszą być przedstawione organom w postępowaniu o uzyskanie zezwolenia. Uproszczenie to wydaje się rodzić tym bardziej pozytywne skutki dla samych cudzoziemców. Należy bowiem zauważyć, iż zarówno o przyrzeczenie, jak i zezwolenie na pracę występował sam pracodawca – nadal zresztą wyłącznie on jest stroną postępowania w przedmiocie wydania zezwolenia przed właściwym wojewodą. Przyrzeczenie uprawniało pracownika do uzyskania tytułu pobytowego i legalnego wjazdu na terytorium Polski. Realnym więc stawał się proceder, iż pracodawca zatrudni pracownika bez uzyskania zezwolenia finalizującego postępowanie bądź z opóźnieniem, często za niewiedzą samego cudzoziemca, nie znającego dostatecznie polskiego prawa i nie będącego w rzeczywistości stroną w postępowaniu administracyjnym o uzyskanie zezwolenia na pracę. Cudzoziemiec jednak musiałby ponieść konsekwencje tego typu sprzecznego z prawem zatrudnienia w przypadku kontroli. Obecne uproszczenie daje więc większą gwarancję kontroli samego cudzoziemca nad procesem i legalizacją jego zatrudnienia w Polsce.

Niemniej jednak, zgodnie z przepisami systemu prawnego RFN i stosowaną w procedurze praktyką, cudzoziemiec ma większą kontrolę i udział w postępowaniu związanym z uzyskiwaniem zgody na zatrudnienie. To on występuje z wnioskiem o zgodę na zatrudnienie, składanym równolegle z wnioskiem o tytuł pobytowy. Szerszy udział cudzoziemców w tym procesie w Polsce niwelowałby ewentualne późniejsze problemy związane z rozbieżnościami między faktycznie wykonywaną pracą a zezwoleniem na zatrudnienie, co będzie częścią dalszych rozważań.

Badanie rynku pracy

Podobnie jak w postępowaniu w RFN, udzielenie zezwolenia na pracę cudzoziemcowi w Polsce wiąże się z wcześniejszym badaniem polskiego rynku pracy. Sytuację na lokalnym rynku pracy zobowiązany jest uwzględnić wojewoda, wydający zezwolenie na pracę, o które występuje podmiot powierzający jej wykonanie. W tym celu musi on uzyskać odpowiednie informacje od starosty, dotyczące możliwości zaspokojenia potrzeb kadrowych pracodawcy poprzez zatrudnienie osób posiadających pierwszeństwo w dostępie do

³⁴ Tekst ustawy w powoływanej wersji (bez zmian) dostępny na stronie: <<http://www.abc.com.pl/serwis/du/2004/1001.htm>>, dostęp: ??????

rynku pracy.³⁵ Stąd też pracodawca zobowiązany jest przedstawić właściwemu staroście ofertę pracy, którą chciałby powierzyć cudzoziemcowi. Starosta zaś dokonuje analizy rejestrów bezrobotnych i poszukujących pracy oraz – gdy analiza za tym przemawia – organizuje rekrutację i wydaje odpowiednią informację o możliwości realizacji oferty pracy w oparciu o wskazane rejestry oraz rekrutację.³⁶ Czas na podjęcie określonych powyżej zadań przez starostę jest stosunkowo niedługi i nie uwzględnia – jak w przypadku postępowania w RFN – różnic związanych z wymaganiami dla objęcia danego stanowiska pracy. Zgodnie z art. 88 c ust. 2 PromZatrudU, starosta ma zadanie wydać informację, dotyczącą analizy rejestrów w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia złożenia oferty w powiatowym urzędzie pracy, jeżeli nie wynika z niej możliwość zorganizowania rekrutacji, a gdy ta jest organizowana – wojewoda ma 14 dni na wydanie informacji od dnia złożenia oferty pracy.

Wyjątki, w których zezwolenie na pracę nie jest wymagane, określa Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy w art. 88 ust. 2 oraz Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę.³⁷ Rozporządzenie to ułatwia możliwość zatrudnienia m.in. obywatelom państw graniczących z Polską.³⁸

Ograniczenia w dostępie do zatrudnienia ze względu na wykształcenie

Dostęp do rynku pracy RFN podlega dalszemu ograniczeniu, związanemu z wykształceniem kandydata na stanowisko pracy. Zgoda na podjęcie pracy w Niemczech może zostać udzielona przede wszystkim cudzoziemcom

³⁵ Art. 88 c PromZatrudU. Zgodnie z art. 10 ust. 4 pkt 1 wojewoda określa wykaz zawodów i rodzajów pracy, w stosunku do których wydanie zezwolenia na pracę nie wymaga uwzględnienia informacji starosty, kierując się sytuacją na lokalnym rynku pracy, w szczególności liczbą zarejestrowanych bezrobotnych i poszukujących pracy w poszczególnych zawodach w stosunku do liczby ofert zgłoszonych do powiatowych urzędów pracy. Ponadto Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie określenia przypadków, w których zezwolenie na pracę cudzoziemca jest wydawane bez względu na szczegółowe warunki wydawania zezwoleń na pracę cudzoziemców określa przypadki, w których zezwolenie na pracę cudzoziemca jest wydawane przez wojewodę bez względu na warunki wydawania zezwoleń na pracę cudzoziemców, o których mowa w art. 88c PromocZatrudU, czyli m.in. bez wymogu uzyskania omawianej informacji od starosty. Zwolnienie z konieczności uzyskania wskazanej informacji od starosty dotyczy, zgodnie z § 3 pkt 3 powołanego rozporządzenia, m.in. przypadków udzielania zezwoleń na pracę obywatelom państw graniczących z Rzeczpospolitą Polską, wykonującym prace pielęgnacyjno-opiekuńcze lub jako pomoc domowa na rzecz osób fizycznych w gospodarstwie domowym.

³⁶ Dokładne postępowanie w tym zakresie określa Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie wydawania zezwolenia na pracę cudzoziemca, Dz. U. Z 2009 r., Nr 16, poz. 84.

³⁷ Dz. U. z 2006, Nr 156, poz. 1116 ze zm.: Dz. U. z 2007r., Nr 120, poz. 824, Dz. U. z 2008 r., Nr 17, poz. 106, Dz. U. z 2009 r., Nr 21, poz. 114.

³⁸ § 2 pkt 27 – dotyczy określonych cudzoziemców wykonujących pracę w okresie nieprzekraczającym sześciu miesięcy w ciągu kolejnych dwunastu miesięcy, na podstawie oświadczenia podmiotu o zamiarze powierzenia im wykonywania pracy.

wykwalfikowanym, czyli takim, którzy posiadają określone wykształcenie zawodowe. Zgodnie z ust. 4 § 18 AufenthaltsG, tytuł pobytowy w celu zatrudnienia, wymagającego wykwalifikowanego wykształcenia zawodowego, może być przyznany tylko dla zatrudnienia w grupie zawodowej określonej w rozporządzeniu do ustawy. W uzasadnionych tylko przypadkach tytuł taki może być przyznany, gdy za danym zatrudnieniem przemawia publiczny interes, przede wszystkim o charakterze regionalnym, ekonomicznym i odpowiadającym polityce rynku pracy.

Szczegółowe regulacje dotyczące zgody na pracę dla pracowników wykwalifikowanych reguluje ustęp 3 BeschV, uściślając, iż wykwalifikowane wykształcenie zawodowe wymaga co najmniej dwuletniego okres kształcenia.³⁹ Zgodnie z treścią rozporządzenia, zgoda na wykonywanie pracy odpowiadającej uzyskanym kwalifikacjom zawodowym może być przyznana m.in. specjalistom z uznanym lub porównywalnym z niemieckim dyplomem ukończenia szkoły wyższej (*Hochschulabschluss*) czy też specjalistom z uznanym dyplomem szkoły wyższej, potwierdzającym porównywalne kwalifikacje w obszarze technologii informatycznych i komunikacyjnych.⁴⁰

Tym samym, w przypadku, gdy cudzoziemiec nie posiada określonego przez przepisy wykonawcze, wykwalifikowanego wykształcenia, jego szanse uzyskania zgody na zatrudnienie na niemieckim rynku pracy są dalece ograniczone. Nie jest ono jednak niemożliwe, gdyż zgodnie z ust. 2 § 18 AufenthaltG, zezwolenie na pobyt w celu wykonywania zatrudnienia, które nie wymaga żadnego wykwalifikowanego wykształcenia, może być przyznane, jeśli stanowi tak umowa międzypaństwowa lub – zgodnie z rozporządzeniem – udzielenie zgody na pobyt w celu tego zatrudnienia jest dozwolone. W tym zakresie rozporządzenie dopuszcza cudzoziemców przede wszystkim do prac sezonowych w rolnictwie, leśnictwie, hotelarstwie, w pracach związanych z przetwórstwem owoców i warzyw, przy tartakach, a także do opieki (*Au-pair*), pomocy domowej itd.⁴¹ Przepisy przewidują jednak co do zasady pewne dodatkowe ograniczenia czasowe, minimalizujące okres zatrudnienia do np. killu miesięcy w roku.

Postanowienia powyższe pokazują, iż RFN nastawiona jest przede wszystkim na przyjmowanie kadry wykwalifikowanej. Potwierdza to tym bardziej dodatkowe uprzywilejowanie, mające przyciągać tzw. pracowników wysoko wykwalifikowanych do pracy w RFN. W szczególnych przypadkach bowiem mogą oni uzyskać zgodę na osiedlenie się.⁴²

³⁹ § 25 BeschV.

⁴⁰ § 27 pkt 1 i 2.

⁴¹ §18–§24 BeschV.

⁴² Zgodnie z § 19 AufenthaltG, wysoko wykwalifikowanemu cudzoziemcowi może w szczególnych przypadkach zostać przyznane pozwolenie na osiedlenie się, jeżeli zgodę wyraziła Federalna Agencja Pracy zgodnie z § 39 lub zgodnie z § 42 rozporządzenie lub międzyrządowe porozumienie potwierdza, że pozwolenie na osiedlenie może być przyznane bez zgody Agencji i uzasadnionym jest założenie, że integracja w stosunki życia w Republice Niemieckiej i środki utrzymania zapewnione będą bez pomocy rządowej.

Ustawa polska nie przewiduje podobnych jak przepisy niemieckie ograniczeń związanych z wykwalifikowanym wykształceniem. Oznacza to, iż rynek pracy nie jest skoncentrowany wyłącznie na przyjmowaniu pracowników wykwalifikowanych. W odniesieniu do przypadków zapotrzebowania na określonego typu kadre, przepisy wykonawcze określają wspomniane ułatwienia w uzyskaniu zezwolenia na pracę lub całkowicie zwalniają z obowiązku jego uzyskania.

Treść zgody

Spełnienie powyższych warunków, dyktowanych względami dbałości o interes ekonomiczny regionów i kraju, kwestią pierwszeństwa dostępu do pracy określonych grup oraz – w przypadku RFN – ograniczeniom w dostępie do rynku pracy związanym z kwalifikacjami, nie oznacza, iż treść zgody na świadczenie pracy ma charakter nieograniczony.

Ustawa niemiecka o pobycie, działalności gospodarczej i integracji cudzoziemców na terenie RFN stanowi, iż pozwolenie na zatrudnienie może określać – i tym samym ograniczać: dozwolony rodzaj działalności zawodowej i zatrudnienia oraz jego okres.⁴³ Federalny Urząd Pracy może też ograniczyć zgodę na zatrudnienie wyłącznie do niektórych zakładów pracy lub może się ograniczyć do zezwolenia na zatrudnienie w określonych regionach.⁴⁴ Wszystkie te ograniczenia winny zostać ujęte w tytule pobytowym, uprawniającym do świadczenia pracy.⁴⁵

Zgodnie z obowiązującą polską ustawą o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, zezwolenie na pracę wydawane jest na czas ograniczony nie dłuższy jak 3 lata, jednakże może być przedłużane.⁴⁶ Zezwolenie to określać musi podmiot powierzający wykonywanie pracy przez cudzoziemca i stanowisko oraz rodzaj wykonywanej pracy, a także okres ważności zezwolenia.⁴⁷ Choć ustawa nie określa dalszych wymogów dotyczących treści zezwolenia, zgodnie z wzorem zezwolenia zamieszczonym w załączniku nr 2 do rozporządzenia w sprawie wydawania zezwolenia na pracę cudzoziemca, w treści zezwolenia określa się rodzaj umowy oraz minimalny wymiar czasu pracy, a także dolną granicę wysokości wynagrodzenia brutto.⁴⁸

Warunki zatrudnienia cudzoziemca

Zarówno przepisy niemieckie, jak i polskie przewidują ochronę pracownika-cudzoziemca pod względem warunków zatrudnienia. Istotnym warunkiem możliwości udzielenia zgody na zatrudnienie, zgodnie z § 39 AufenthalsG, jest

⁴³ § 39 ust. 4 AufenthalsG.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ § 18 ust. 2 zd. 2.

⁴⁶ 88 e ust. 1.

⁴⁷ 88f ust. 1.

⁴⁸ Dz. U. z 2009 r., nr 16, poz. 84, załącznik nr 2.

to, iż cudzoziemiec nie może być zatrudniony na mniej korzystnych warunkach niż jest zatrudniany porównywalny pracownik niemiecki.

Odpowiednik tego artykułu w polskiej ustawie, choć przedmiotowo ograniczony – art. 88 c ust. 1 pkt 1 PromZatrudU – stanowi, iż wojewoda wydaje zezwolenie, jeżeli wysokość wynagrodzenia, która będzie określona w umowie z cudzoziemcem nie będzie niższa od wynagrodzenia pracowników wykonujących pracę porównywalnego rodzaju lub na porównywalnym stanowisku.

Postanowienia te z jednej strony mają przeciwdziałać dyskryminacji pracowników–cudzoziemców na rynku pracy – co lepiej odzwierciedla, odwołująca się do warunków zatrudnienia w ogóle, ustawa niemiecka – z drugiej niwelować zagrożenie dumpingu płac, czyli sytuacji, w której zatrudnianie cudzoziemców byłoby bardziej korzystne z uwagi na możliwość zatrudniania ich za niższym wynagrodzeniem niż w przypadku własnych obywateli.

Istotny jest także fakt, iż zatrudniony cudzoziemiec staje się pracownikiem w rozumieniu przepisów prawa pracy i podlega odpowiedniej ochronie z nich wynikającej.

5. Wybrane uwagi na temat nielegalnego wykonywania pracy przez cudzoziemców

Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy definiuje nielegalne wykonywanie pracy przez cudzoziemca, jako wykonywanie pracy przez cudzoziemca, który nie posiada ważnej wizy lub innego dokumentu uprawniającego go do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub którego podstawa pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie uprawnia do wykonywania pracy, lub który wykonuje pracę bez zezwolenia, w przypadkach gdy jest ono wymagane, lub na innych warunkach lub na innym stanowisku niż określone w zezwoleniu na pracę, z zastrzeżeniem art. 88i, lub bez zawarcia wymaganych umów o pracę albo umów cywilnoprawnych.⁴⁹

Z kolei, zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 2 Ustawy o cudzoziemcach, sankcją za wykonywanie pracy niezgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy jest decyzja o wydaleniu cudzoziemca z terytorium RP. Sankcja ta jest w każdym wypadku obligatoryjna, gdyż przepis posługuje się imperatywnym sformułowaniem „decyzję o wydaleniu *wyda się*”. W decyzji określa się termin wydalenia, nie dłuższy jak 14 dni. Względnie, gdy z okoliczności sprawy wynika, iż cudzoziemiec dobrowolnie wykona obowiązek opuszczenia kraju, zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1, wydaje się decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia kraju, której obligatoryjnie nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.⁵⁰

⁴⁹ Art. 2, ust. 1, pkt 14 Prom ZatrudU.

⁵⁰ Art. 97, ust.2 Ustawy o cudzoziemcach.

Powyższe decyzje powodują z mocy prawa unieważnienie wizy, unieważnienie zezwolenia na przekraczanie granicy w ramach małego ruchu granicznego, cofnięcie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony oraz zezwolenia na pracę.⁵¹

Konsekwencje naruszenia postanowień PromZatrudU są więc daleko idące i kategoryczne z punktu widzenia cudzoziemca. Szczególne w odniesieniu do przesłanki wykonywania pracy na warunkach innych niż w wydanym zezwoleniu na pracę, w tym w odniesieniu do wynagrodzenia, skutek w postaci obligatoryjnego cofnięcia zezwolenia oraz wydalenia cudzoziemca z państwa rodzić może wątpliwość.

Zgodnie z wcześniej powoływanymi regulacjami, pracodawca musi zatrudniać cudzoziemca na takich warunkach płacowych, jak innych pracowników na porównywalnych stanowiskach. Pracodawca zobowiązuje się we wniosku o zezwolenie na pracę do wypłacania pracownikowi zgodnego z tą zasadą wynagrodzenia, którego wysokość zostaje wpisana do zezwolenia. Należy jednakże zauważyć, iż pracodawca jest jedyną stroną w postępowaniu o wydanie zezwolenia i to jemu wydawane są, zgodnie z art. 88 f ust. 2 dwa egzemplarze zezwolenia na pracę. Powinien on przekazać jeden z nich cudzoziemcowi. Jest on zobowiązany do zawarcia z cudzoziemcem umowy zgodnej z treścią tego zezwolenia i do uwzględnienia w umowie z cudzoziemcem warunków, o których mowa w art. 88 c – w tym wysokości wynagrodzenia.⁵² Kontrolowanie tego zobowiązania przez cudzoziemca może być jednak ograniczone. Istnieje zagrożenie, iż rzeczywiście zawarta umowa o pracę między pracodawcą a cudzoziemcem, będzie, wbrew wiedzy bądź woli tego drugiego, w części dotyczącej wynagrodzenia, niezgodna z wydanym zezwoleniem na pracę, bądź – w praktyce – pracodawca będzie wypłacał niższe wynagrodzenie niż widniejące w treści zezwolenia i zgodnej z nią umowy o pracę.

Wykazanie powyższych okoliczności przez organy kontrolne w trakcie prowadzonej w czasie wykonywania zatrudnienia kontroli prowadzi do wniosku o świadczeniu pracy niezgodnie z wydanym zezwoleniem – gdyż za zbyt niskim wynagrodzeniem. Z tego punktu widzenia organ stwierdzić powinien – zgodnie z literalną wykładnią przepisów przedmiotowych ustaw – nielegalność zatrudnienia, prowadzącą do cofnięcia zezwolenia i wydalenia cudzoziemca z Polski.

Ustawa o promocji zatrudnienia zdaje się przewidywać tego typu sytuację, stanowiąc w ust. 4, art. 88 c, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia w postaci nieuwzględnienia w umowie o pracę warunku dotyczącego wynagrodzenia, pracodawca powinien dokonać czynności – tj. zawrzeć odpowiednią umowę oraz wypłacić cudzoziemcowi zaległe wynagrodzenie za okres wykonywanej pracy w wysokości zgodnej z zawartą we wniosku o wydanie zezwolenia na pracę oraz opłacenia związanych z nim składek na ubezpie-

⁵¹ Art. 90, ust. 3 oraz 97, ust. 3 Ustawy o Cudzoziemcach.

⁵² Art. 88h ,ust. 1, pkt 1 PromZatrudU.

czenie społeczne i zaliczek na podatek dochodowy. Jednakże odzwierciedlający to postanowienie wyjątek nie został zawarty w przepisie stanowiącym o nielegalności zatrudnienia i nakazującym wydalenie cudzoziemca w przypadku złamania Ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Skutkuje to w praktyce, w sytuacji przeprowadzania kontroli i wykazania, uznaniem przez organy kontrolne, iż cudzoziemiec świadczył pracę za niezgodnym z zezwoleniem wynagrodzeniem. Tym samym, organy kontrolne stwierdzają naruszenie warunków zezwolenia, co uznane zostaje za świadczenie pracy nielegalnie i skutkuje wydaleniem z RP.⁵³ W praktyce więc, choć sytuacja ta może być całkowicie niezawiniona przez cudzoziemca, ponieść może on najistotniejsze konsekwencje uznania go za cudzoziemca niepożądanego na terytorium RP, z uwagi na fakt, iż – z negatywnym skutkiem także dla siebie – wykonywał pracę za niższym niż określone w zezwoleniu wynagrodzenie. Fakt nadawania decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności utrudnia zaś cudzoziemcowi realną obronę jego praw.

Za pewnik należałoby przyjąć, iż w sytuacji, gdy ustalenie treści zawartej między pracownikiem a pracodawcą umowy budzi w tym zakresie wątpliwości, sam fakt wykonywania pracy i woli w tym zakresie, nawet w obliczu otrzymywania wynagrodzenia niższego niż w zezwoleniu, nie może skutkować negatywnymi dla cudzoziemca konsekwencjami. Przeciwnie, powinien on generować, przysługującą mu zgodnie z przepisami prawa pracy, ochronę.

Podsumowując, przepisy polskie są w zakresie ewentualnego wykazania świadczenia pracy przez cudzoziemca za niższym wynagrodzeniem, niejasne. Powyższy problem ustawodawca niemiecki zdaje się rozwiązywać w trafniejszy sposób. Zgodnie z § 41 świadczenie pracy w warunkach gorszych niż w przypadku porównywalnych pracowników niemieckich jedynie *może*, a nie musi skutkować cofnięciem pozwolenia na pracę. Przepis dyspozytywny pozwala organom na ocenę sytuacji i ewentualnego wpływu cudzoziemca na uchybienie. Najważniejsze jednak wydaje się przeciwdziałanie zatrudnianiu cudzoziemców na mniej korzystnych warunkach poprzez odpowiednie kary wobec pracodawców, chcących częstokroć uniknąć dodatkowych opłat, m.in. w postaci podatków, i stawiających cudzoziemca przed wyborem świadczenia pracy na gorszych warunkach bądź jej utraty. W tym zakresie niemiecka Ustawa w sprawie walki z nielegalną pracą i nielegalnym zatrudnieniem (*Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung*) przewiduje, w porównaniu z PromZatrudU, dużo surowsze kary, w tym karę grzywny oraz karę pozbawienia wolności do 3 lat, a w szczególnie ciężkich przypadkach karę od 6 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności.⁵⁴

⁵³ Zgodnie z przeprowadzonymi przeze mnie badaniami w tym zakresie w kancelarii adwokackiej Mariana Helty w Gdańsku, zajmującej się m.in. tego typu sprawami.

⁵⁴ §10 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, tekst dostępny na stronie: <http://www.gesetze-im-internet.de/schwarzarbg_2004/index.htm>, dostęp: ??????. Art. 120 PromZatrudU przewiduje w tym zakresie karę grzywny 3000 zł wobec pracodawcy i 1000 zł. wobec pracownika.

6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe ustalenia, proponuję je pokrótce skonfrontować z międzynarodowymi zobowiązaniami Polski i Niemiec w zakresie dopuszczenia do zatrudnienia, wynikającymi z innych niż wspólnotowe zobowiązań i mającymi znaczenie dla większej liczby państw byłego bloku komunistycznego. Dokumentem rangi międzynarodowej, szeroko odwołującym się do poruszanej problematyki, jest Europejska Karta Społeczna.⁵⁵ Część I ust. 18 Karty stanowi, iż obywatele każdej z Umawiających się Stron mają prawo do prowadzenia wszelkiej działalności zarobkowej na terytorium innej Umawiającej się Strony, na zasadzie równości z obywatelami tej ostatniej, z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z ważnych powodów ekonomicznych lub społecznych.⁵⁶ W celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do prowadzenia działalności zarobkowej na terytorium każdej innej Umawiającej się Strony, Umawiające się Strony zobowiązują się: stosować istniejące regulacje prawne w duchu liberalnym; uprościć obowiązujące formalności oraz zmniejszyć lub znieść opłaty administracyjne i inne opłaty, nakładane na pracowników zagranicznych lub ich pracodawców; liberalizować, indywidualnie lub zbiorowo, regulacje prawne dotyczące zatrudniania pracowników zagranicznych.⁵⁷

Przepisy polskie oraz niemieckie podlegały na przełomie ostatniego dziesięciolecia istotnym zmianom, mającym na celu postulowaną liberalizację. Jednakże, m.in. w świetle specyfiki modelu niemieckiej polityki migracyjnej, zorientowanej głównie na przyjmowanie wykwalifikowanej siły roboczej, a także chociażby wspomnianych niejasności polskich przepisów co do statusu prawnego cudzoziemca w postępowaniu o udzielenie zezwolenia na zatrudnienie oraz jego ochrony w trakcie zatrudnienia, stwierdzić można, iż optymalny model polityki zatrudnienia cudzoziemców wymaga nadal dopracowań, także w zakresie prawa. Trudno także zgodzić się, by model ten i obowiązujące obecnie procedury, dotyczące uzyskania zezwolenia na pracę w którymś z przedmiotowych państw, realizowały cel dopuszczenia obywateli *każdej ze stron* EKS do prowadzenia *wszelkiej* działalności zarobkowej na terytorium innej Strony. W tym zakresie, żaden z systemów prawnych nie przewiduje szczególnych ułatwień, dotyczących obywateli państw–stron Karty (chyba że są oni obywatelami UE, co nie ma wiele wspólnego ze zobowią-

⁵⁵ Zarówno Polska, jak i Niemcy nie ratyfikowały Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej.

⁵⁶ Postanowieniem tym związana jest zarówno RP jak i RFN, ma ono charakter programowy i wyznacza cele, do których osiągnięcia strony dążyć mają przy pomocy wszelkich stosownych środków zarówno o charakterze krajowym, jak i międzynarodowym i stworzyć warunki, w których zasady te będą mogły być skutecznie realizowane.

⁵⁷ Art. 18 EKS – postanowieniem tym związana jest RFN (RP tylko ust. 4, art. 18). Szczegóły dotyczące uznania poszczególnych artykułów EKS przez strony, w myśl art. 20, dostępne na stronie: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ProvisionTableRev_en.pdf>, dostęp: ??????

zianiami wynikającymi z EKS). Uzyskanie zezwolenia na pracę pozostaje dla cudzoziemca procesem skomplikowanym i wymagającym zaangażowania, chęci i kosztów, także ze strony pracodawcy.

Europejski Komitet Praw Społecznych (dalej: EKPS) – przed opisaną powyżej reformą prawa niemieckiego – stwierdził niezgodność regulacji z art. 18 EKS, z uwagi na kompleksowe formalności, dotyczące dopuszczania cudzoziemców do niemieckiego rynku pracy, w tym przede wszystkim istnienie dwóch osobnych procedur w przyznawaniu pozwolenia na pracę i zezwolenia na pobyt.⁵⁸ W nowszych uwagach, Komitet wyraził zaniepokojenie faktem prawnego rozróżnienia statusu pracowników wysoko wykwalifikowanych oraz nisko wykwalifikowanych i niewykwalifikowanych. Wskazał, iż dostęp dwóch ostatnich grup do rynku pracy jest wykluczony, poza możliwymi wyjątkami dla określonych kategorii pracowników sezonowych, których jednak także dotyczą ograniczenia.⁵⁹ Ograniczeń i zróżnicowań w stosunku np. do obywateli państw UE dotyczy dopuszczenie do rynku pracy także pracowników wysoko wykwalifikowanych. EKPS wystąpił o informacje dotyczące możliwości uczynienia wskazanych postanowień bardziej elastycznymi oraz wystąpił z pytaniem, czy regulacje te mają zastosowanie także w odniesieniu do obywateli państw–stron EKS. EKPS zauważył także ograniczenia dla cudzoziemców, którzy stracili pracę, z uwagi na możliwość odebrania im pozwolenia na pobyt w związku z jej utratą, co z kolei przesądza o braku szans na odnalezienie nowego zatrudnienia. Ten sposób uzależnienia pracowników od jednego pracodawcy, z zagrożeniem, iż w przypadku utraty pracy będą zmuszeni opuścić kraj przyjmujący, nie odzwierciedla, zdaniem EKPS, ducha liberalności i elastyczności regulacji.⁶⁰ Podsumowanie o braku pełnego odzwierciedlenia ducha liberalności i elastyczności wydaje się dobre także dla powyżej poczynionych wybranych uwag, dotyczących uzyskania i utrzymania pozwolenia na pracę i pobyt w Polsce.

Choć oba porównywane państwa próbują uelastyczyć normy dotyczące zatrudnienia cudzoziemców na ich terytoriach, co uznać należy za pozytywne, regulacje te są niekiedy raczej odzwierciedleniem strachu przed „zalaniami” rynku pracy przez cudzoziemców. Choć nie miejsce tu na debatę na temat korzyści i zagrożeń liberalizacji dostępu do rynku pracy⁶¹, założyć można, także na podstawie doświadczeń państw o bardziej liberalnych uregulowaniach, iż strach, jak zwykle, ma wielkie oczy.

⁵⁸ Conclusions XV-2 and XVII-2. Uwagi od I cyklu nadzoru dostępne w bazie danych EKS, na stronie: <<http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en>>, dostęp: ?????? Choć w uwagach, wydanych po reformie, Komitet przyznał, iż postępowanie uległo uproszczeniu, wystąpił o dodatkowe informacje dotyczące nowych procedur. Patrz: Conclusions XIX-I, s. 164. Uwagi EKPS z lat 2003–2009 dostępne na stronie: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/ConclusionsYear_en.asp>, dostęp: ??????

⁵⁹ Conclusions XIX-I – Germany, Article 18, s. 167–169.

⁶⁰ Conclusions II, Statement of Interpretation of Article 18, oraz Conclusions XIX-I, s. 169–170.

⁶¹ Ta leży zresztą przede wszystkim w gestii ekspertów z wykształceniem ekonomicznym.

RECHTLICHE ASPEKTE DER BESCHÄFTIGUNG VON NICHT-EU-AUSLÄNDERN IN POLEN UND DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Schlüsselwörter: Ausländer, Einwanderung, Arbeitserlaubnis, Zugang zum Arbeitsmarkt, Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Berufsfreiheit.

Zusammenfassung

Dieser Artikel befasst sich mit dem Problem der Zulassung von Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung im Rahmen eines Vertrages mit einem Rechtsträger, dessen Sitz sich im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder der Polnischen Republik befindet. Dieses Problem wurde mit der Absicht untersucht, Möglichkeiten für legale Beschäftigung von Staatsangehörigen der Länder des ehemaligen Ostblocks, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind, und Vorschriften zum Schutz der ausländischen Arbeitnehmer in den Rechtssystemen beider betrachteten Länder zu indetifizieren.

Zu Beginn stellt der Beitrag die Vorteile der Beschäftigung von Ausländern gegenüber der damit verbundenen Sorgen dar. Im weiteren Verlauf wird in Kürze die Situation der Einwanderung in Deutschland und Polen beschrieben. Die Analyse der juristischen Bestimmungen für die beiden Systeme beginnt mit der Anknüpfung an die verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten auf die Wahl der Beschäftigung nach Art und Ort. Weiterführend erfolgt eine Zusammenfassung der Gesetzesnormen über Einschränkungen und Bedingungen der Zulassung von Ausländern zum polnischen bzw. deutschen Arbeitsmarkt und Bestimmungen zum Inhalt der Arbeitserlaubnis. Abschließend wird auf die gesetzliche Vorgaben abgestellt, welche verlangen, dass Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt werden dürfen, als vergleichbare einheimische Arbeitnehmer und auf die Konsequenzen bei Verstößen gegen diese Vorgaben.

Die primäre Aufgabe dieses Aufsatzes ist es, die bestehenden Gesetze und den rechtlichen Status von Ausländern, welche in den Gebieten Polens und Deutschlands arbeitstätig sind, zu bewerten. Es gilt eine geeignete Grenze des Schutzes der wichtigsten wirtschaftlichen und sozialen Interessen eines Staates und seiner Bürger zur geforderten Öffnung der Arbeitsmärkte für ausländische Arbeitnehmer und Vereinfachung von Formvorschriften zu ziehen. Diese Forderungen nach Liberalisierung der Arbeitsmärkte wurden in der Europäischen Sozialcharta formuliert und sind somit für die Republik Polen und die Bundesrepublik Deutschland bindend.